超越规则:国际法的论辩主义转向

陈 一 峰

(北京大学 法学院, 北京 100871)

摘　要: 国际法学界长期以来将国际法定义为规则,规则主义也是国际法的主流研究方法。历史地来看,规则主义方法的形成,对于确立国际法学科的法律性、科学性与正当性,具有积极意义。但是,规则主义方法过分强调国际裁判的重要性,低估了国际法的不确定性,与大国的国际法实践也不相符合。有必要引入论辩理论来重构国际法研究,从而更好地回应当下中国和平崛起、深度参与全球治理的需要。从论辩角度来看,国际社会的基本规范不是以条约或习惯的形式出现,而主要表现为单方面的国际法主张和决策。国际法是国家用以对抗和竞争的话语体系;运用国际法是争议各方试图寻求和确立优势立场的过程。国际法作为论辩话语,本身是一种稀缺资源,对国际法话语权的竞争正是大国间竞争的重要部分。从规则到论辩的范式转换,有助于中国学者打破规则主义的窠臼,更加有效地参与国际学界的法律论辩进程。

关键词: 国际法规则;规则主义;论辩理论;形式主义;国际法话语权

中图分类号:D 990　　**文献标识码:**A　　**文章编号:**1000-5919(2022)06-0162-13

引　言

长期以来,"规则性"被视为国际法的基本属性。国际学界普遍将国际法定义为一套支配国家间关系的有法律拘束力的规则。① 国内学界也一致认为,国际法是"调整以国家为主导的国际关系的原则、规则和制度的总和"。② 将国际法定义为规则,属国际法学界的通说,这一立场可以概括为规则主义。将国际法定义为规则,既是对国际法功能的说明,同时也暗含了对国际法是法的肯定。规则属性也是实现国际法规范功能的基本路径。国际法对国家间关系的调整,是通过规则指引、评价国家行为来实现的。对国际法是规则的强调也间接地表明,国际法是适用于国际社会的真正的法,与国内法一样具有法律约束力。

虽然规则主义方法长期是国际学界的主流方法,但是规则主义方法也不时遭到质疑和挑战。近年来,规则主义方法面临的挑战愈发严峻,在理论和实践中都遭到了质疑。一方面,国际社会并不存在成文的国际法法典,现行有效的国际法规则之内容经常是有争议的。另一方面,国际法规则得不到遵守的事例层出不穷,使得国际法处在一个消极、被动和防守的地位,国际法约束国家行为的有效性经常遭受

收稿日期:2022-04-25

作者简介:陈一峰,男,江苏吴县人,北京大学法学院副教授。

基金项目:国家社科基金一般项目"全球治理与国际组织法的理论重塑研究"(项目编号:22BFX207)。

① Malcolm N. Shaw, *International Law* (9th edn.), Cambridge University Press, 2021, p.1; James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (9th edn.), Oxford University Press, 2019, p.18; Thomas Buergenthal & Sean D. Murphy, *Public International Law in a Nutshell* (6th edn.), West Academic Publishing, 2018, p.1.

② 参见王铁崖:《国际法引论》,北京:北京大学出版社 1998 年版,第 10 页;白桂梅:《国际法》(第三版),北京:北京大学出版社 2015 年版,第 1 页。

质疑。随着 20 世纪 80 年代末批判国际法学思潮的发轫①、20 世纪 90 年代中期第三世界国际法方法的勃兴②,国际法作为规则之治这个理论大厦的根基已经遭到动摇。

反观国内学界,对于规则主义的国际法方法尚缺乏系统性的理论反思。规则主义方法对于我国在改革开放以后重建国际法学科、积极参加国际秩序、促进国内法治都有积极意义。但是,随着我国参与全球治理的程度不断加深,面临的国际形势日趋复杂,片面强调规则主义已经不能充分满足我国主动运用国际法的需求,在实践中也已经体现出不少弊端。例如,对国际法规则机械适用和“客观”适用,缺乏创造性和主动性;只关注国际法的国内适用,而不注重通过国内法影响国际法;被西方国际学术话语牵着走,不能将中国立场和诉求有效转化为国际法话语,等等。应对上述种种挑战,有必要及时变革国际法方法,超越规则主义方法,引入更为多元的国际法理论与研究视角。

本文系统反思了国际法上规则主义传统的历史成因、主要观点及其不足,结合国际学界最新的理论探索,尝试从论辩理论来重构国际法研究路径,对国际法渊源、司法裁判、国际法运行机制等根本问题展开了初步反思。面对新的内外形势,实现从规则到论辩的范式转换有助于中国学者打破规则主义,更加自由、自信地开展国际法研究,更加积极有为地参与国际学界的法律论辩进程。

一、规则主义的学术传统与理论困境

在国际法数百年的学术发展过程中,规则主义长期支配着国际法学科,形成了一个深厚的学术传统。规则主义作为国际法学研究的重要方法和学术传统,其形成与确立与国际法的实证化、科学化、司法化高度关联。

(一)规则主义的成因

第一,国际法的格劳秀斯传统。格劳秀斯在国际关系理论开创了规则之治的先河,因此被国际法学界尊为“国际法之父”。在格劳秀斯之前,马基雅维利在 16 世纪开创了现实主义传统,认为国际社会是无秩序的,强调君主的权力、权谋、军备对于保全国家的重要性。③ 这种达尔文主义理论随后为霍布斯所继承,主张自然状态是“每一个人对每一个人的战争”,并被借用到国际关系理论。而格劳秀斯则独树一帜,强调人的理性和社会性,倡导国际社会的概念,强调了国际社会生活的道德性,并试图将所有的国际关系都纳入国际法的治理之下。④ 规则之治是国际法区别于国际政治、君主权谋或外交政策的根本特点。⑤

第二,国际法的国内法类比。⑥ 国际法学脱胎于欧洲中世纪神学研究,其早期发展深刻地受到自然法的影响。⑦ 将国际法从一个宗教神学体系的分支,改造为一个具有实际操作性的法学语言体系,国际

---

① Nigel Purvis, *Critical Legal Studies in Public International Law*, Harvard International Law Journal, Vol. 32, 1991, pp.81-128.

② James Thuo Gathii, *TWAIL: A Brief History of its Origins, its Decentralized Network, and a Tentative Bibliography*, Trade, Law and Development, Vol.3, 2011, pp. 26-64.

③ 参见尼科洛·马基雅维里:《君主论》,潘汉典译,北京:商务印书馆 1985 年版,第 69—98 页。

④ Hersch Lauterpacht, *The Grotian Tradition in International Law*, British Yearbook of International Law, Vol.23, 1946, pp.1-53.

⑤ Martti Koskenniemi, *Imagining the Rule of Law: Rereading the Grotian “Tradition”*, European Journal of International Law, Vol.30, 2019, pp.17-52.

⑥ An Hertogen, *The Persuasiveness of Domestic Law Analogies in International Law*, European Journal of International Law, Vol.29, 2019, pp.1127-1148.

⑦ Andrew Clapham, *Brierly's Law of Nations* (7th edn.), Oxford University Press, 2014, pp.15-23; Arthur Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations* (Revised edn.), Macmillan, 1954, pp.20-22, 134-135.

法作为规则之治的理念起到了关键作用。在实用化、法律化、学科化的过程中,国际法学者和国际仲裁都大量借用了国内法的概念、规则和制度来发展和完善国际法制度。① 历史地看,现行国际法上条约的效力和解释、领土取得、国家责任、损害赔偿等规则,都是大量借用了国内私法和罗马法的概念和制度。学者自然而然地用国内法模式来建构所有法律体系,包括国际法。② 国际法演化为国家间交往的规则体系,是国际法从神学语言转化为法律语言的结果。

第三,强调国际法的规则性,也是为了回应"国际法不是法"的挑战。1832 年,英国法理学者奥斯汀把法律定义为主权者的命令。由于国际社会缺乏最高的主权者,奥斯汀因此否定了国际法的法律性,认为国际法不过是一种实在道德(positive morality)。③ 奥斯汀对于国际法的批评,对国际法学界影响深远。国际法学者长期以来力图证明国际法是法,试图将国际法纳入法学研究的范畴。类比国内法,强调国际法作为规则体系的法律约束力,并在实际中得到遵守,是证明国际法是法的重要路径。④

第四,国家间仲裁和国际司法机构的兴起。国家间仲裁条约始于 1794 年英国和美国签订的《杰伊条约》,其主要目的是通过仲裁来调解国家间分歧,避免引发战争。1872 年美国和英国间的"阿拉巴马仲裁案"是近代第一个国家间仲裁案件,开启了国际社会对仲裁制度技术化和制度化的历程。⑤ 随即国际社会在 1907 年成立常设仲裁法院,在 1921 年成立了常设国际法院。这些仲裁和司法机构的建立,对于国际法规则主义无疑起到了强化和促进作用。一方面,国际法的仲裁或者司法适用,强化了国际社会对于国际法是法的印象。另外一方面,通过仲裁裁决和司法判例,国际法法理得到了进一步的发展。

随着国际法不断走向实证化,国际法的规则主义传统在 19 世纪下半叶得到了确立。国际法作为一门科学,被认为在性质上是法律的,同时严格与哲学、神学、政策以及外交相区分。19 世纪大量的国际法专著开始出版,国际法日渐发展成为一个系统的学科,同时国际法的教席也开始从哲学系转向法学院。⑥ 到 20 世纪初,规则主义已经成为国际法研究的统一范式。

(二)规则主义的核心主张

第一,国际法具有自主性,国际法与国际政治不仅可以区分,而且有必要严格加以区分。⑦ 规则主义所针对的国际政治,是马基雅维利的现实主义或者霍布斯的自然状态。正是规则属性,使得国际法区分于国际政治。国际法的身份是构建在与国际政治对比的基础上的。国际政治代表了对权力的无限追求,其特点是任意、专断、无序、冲突和等级;而国际法则是对权利和正义的维护,其特点是规则、理性、秩序、和平和平等。因此国际法本身就被视为是一种美德。国际法的发展,被认为是一个国际法不断征服

---

① Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Stevens & Sons. Limited, 1953.

② Antonio Cassese, *International Law* (2nd edn.), Oxford University Press, 2005, p.3.

③ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), Wilfrid E. Rumble (ed.), Cambridge University Press, 1995, pp.123-124, 171-175, 181-182.

④ Hersch Lauterpacht, *The Definition and Nature of International Law and Its Place in Jurisprudence*, in Elihu Lauterpacht (ed.), *International Law: Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, Vol.1, Cambridge University Press, 1970, pp.9-50, at.33-35.

⑤ Louis Bruno Sohn, *The Function of International Arbitration Today*, Recueil des cours, Vol.108, 1963, pp.9-101.

⑥ Arthur Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations* (Revised edn), Macmillan, 1954, 222-223, 237.

⑦ 参见 Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Martinus Nijhoff, 1991, pp.3-4。有学者认为 19 世纪实在国际法学最重要的贡献是国际法的自主性。参见 Richard Collins, *Classical Legal Positivism in International Law Revisited*, in Jörg Kammerhofer & Jean d'Aspremont, *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, Cambridge University Press, 2014, pp.23-49。

国际政治的过程,是一个国际法持续驯服国家主权的过程,也是国际社会不断走向文明化的过程。①

第二,国际法规则是客观的,内涵是确定的,国家在国际法下享有的权利义务是明晰的。② 国际法是一套明确国家权利义务的、具有普遍性的客观规则体系。国际法的客观性是国际法约束、指引、评价国家行为的前提条件,也是其区别于国际政治的重要特征。国际法一旦生成,不论条约还是习惯,就固定了国家在国际法上的权利义务。国际法,特别是国际条约,作为成文的国际法,固定了国家间对于国际法规则的共同同意。③ 而国家间的共同同意不允许个别国家任意修改。因此,国际法的执行和司法实施是一个客观的过程。

第三,国际法具有普遍性。国际法的普遍性表现为两个方面,一是国际法的普遍约束力。④ 习惯法一旦形成,除了个别一贯反对者,对所有国家都有法律约束力。尽管条约只对缔约方有效,但第二次世界大战以后以《联合国宪章》、核心人权公约、日内瓦公约等为代表的多边国际条约,得到了国际法社会的普遍接受。二是表现为各国对于国际法的理解是共通的、一致的、能够达成共识的。各国对于国际法认识的主体间性(intersubjectivity)是可以通过沟通加以克服的。

第四,国际法是一个法律体系。⑤ 国际社会不存在中央化的立法机关,国际法规则的生成散布在不同历史时期,具有偶然性、碎片化的特征。事实上,这些规则的创制主体各不相同,适用对象和范围也各不相同,产生背景也差异极大,但是并不妨碍这些时空错序的规则被解读为是国际社会法制化进程中层层累进的石阶。这些规则被视为高度关联,构成了一个完整的国际法体系。⑥国际法不存在法律空白的问题。⑦

第五,根据规则主义,国际法学的核心任务,是识别、确定和阐明国际法规则。渊源学说,是国际法最重要的学说。⑧ 通过对国际法渊源的正确适用,各国都可以发现客观的国际法规范,区分实然法与应然法,辨明政治与法律。在此意义上,国际法被视为一门科学。⑨ 这种科学性、客观性强化了国际法学科的正当性。国际法学的功能在于科学的“发现”。规则是客观存在的,国际法学的智识活动在于达致对于客观规则的准确认识。

(三)规则主义面临的挑战

从 20 世纪下半叶开始,规则主义的国际法遭到了多方面的挑战。第一,国际法规则具有开放性、不确定性。对于国际法的不确定性,美国国际法政策定向学派在 20 世纪 50 年代就提出来了。但是真正

---

① Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law* 1870-1960, Cambridge University Press, 2001, p.8.

② Andrea Bianchi, *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*, Oxford University Press, 2017, p.21.

③ Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise*, Vol.1, Longmans, Green & Co., 1905, pp.15-20; Robert Jennings & Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law* (9th edn.), Longman, 1992, pp.14-15.

④ Robert Jennings & Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law* (9th edn.), Longman, 1992, p.91.

⑤ ILC, *Conclusions of the Work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law* (2 May 2006) UN Doc. A/CN.4/L.682/Add.1; Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Martinus Nijhoff, 1991, p.1.

⑥ James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (9th edn.), Oxford University Press, 2019, p.16.

⑦ Robert Jennings & Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law* (9th edn.), Longman, 1992, p.12.

⑧ Hugh Thirlway, *The Sources of International Law* (2nd edn.), Oxford University Press, 2019, p.17.

⑨ Lassa Oppenheim, *Science of International Law: Its Tasks and Method*, American Journal of International Law, Vol.2, 1908, pp.323-324. 相关批评意见参见 Anne Orford, *Scientific Reason and the Discipline of International Law*, European Journal of International Law, Vol.25, 2014, p.369。

引起学界广泛关注的,是 20 世纪 80 年代开始批判法学派的批判。① 国际法的不确定性来自多个方面:法律语言本身的开放性和含糊性;国际法不同原则之间经常是相互冲突的;对于适用规则还是例外,或者适用何种规则本身就是一个争议事项。国内法虽然也存在法律的不确定性,但是由于存在立法解释和强制司法管辖,国内法的不确定性问题并不突出。相比国内法,国际社会去中央化的结构大大加剧了国际法的不确定性,并且使得不确定性成为国际法的结构性特征。②

第二,在国际法的实际运行中,国际法和道德、政治、政策之间的绝对区分难以维持。在国内社会,区分了立法与法律适用,立法属于政治过程,而实施是客观的过程。③ 但是国际社会缺乏中央化的立法机关和执法机关,国家既是立法者同时也是法律适用者。法律的适用和创造是一体的,国际法的每一次适用都是对法律的创造,法律的解释包含造法活动,适用过程就是造法过程。在国际法领域,法律和法律之外的界限是模糊的,国际法和道德、政治或者政策之间也难以确立一个截然两分的疆界。

第三,规则主义主张形式主义,过分强调国际法的硬法,忽视国际软法和其他非约束性文件在国际治理中的作用。④ 只有满足《国际法院规约》第 38 条所规定的形式渊源的规则,才是国际法社会现行有效的法。软法的规范意义需要在硬法中予以寻找,例如联合国大会的决议可以编纂或者发展习惯国际法,⑤联大决议也可以作为国际社会在特定法律问题上法律确信的证明,⑥联大决议某些情况下还可能构成对联合国宪章的权威解释。⑦ 虽然软法对国家行为具有影响,对国际社会的硬法发展可以起到促进作用,但是软法本身并不具有独立的规范意义。这样一个形式主义的理解,极大地妨碍了国际法学者将正在发生的法律变动纳入其研究范围。这意味着学者对 99%的国际法的发展都视而不见,只对 1%已经成为条约、习惯、一般法律原则的国际法进行研究。除非一个事项是现有实在国际法规则所覆盖的,否则它就不能进入国际法学研究的范畴,这大大限制了国际法学者理解和处理世界政治的能力,妨碍了学者对现实世界的关切和投入。

第四,规则主义过分强调国际法的裁判功能,忽视了国际法的多元适用。日本学者大沼保昭批评传统国际法建构在"司法中心主义"的观念基础之上。⑧ 事实上,国际社会中的绝大多数国际争端都不是通过司法加以解决的。由国际司法机关适用国际法属于例外情况而非常态。在实践中,国际法的适用更多时候是单边的,例如一个主权国家在其外交场合单边援引国际法,或者通过一个国家的立法机构或者国内法院单边适用,或者一个国家在国际争端中提出自身的国际法立场和主张等。除了国家,援引和适用国际法的主体还包括国际组织、跨国公司、非政府组织和个人等。而在非司法解决的场合,国际法

---

① David Kennedy, *Theses about International Law Discourse*, German Yearbook of International Law, Vol. 23, 1980, pp.353-391.

② 参见李鸣:《国际法的性质及作用:批判国际法学的反思》,《中外法学》2020 年第 3 期,第 801—825 页。

③ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication: Fin de Siecle*, Harvard University Press, 1997, pp.26-38.

④ Christine Chinkin, *The Challenges of Soft Law: Development and Change in International Law*, International & Comparative Law Quarterly, Vol.38, 1989, pp.850-866; Alan E. Boyle, *Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law*, International & Comparative Law Quarterly, Vol.48, 1999, pp.901-913.

⑤ ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, ICJ Reports 1996, pp.254-255, para.70.

⑥ ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), Judgment of 27 June 1986, ICJ Reports 1986, p.100, para.189.

⑦ 参见白桂梅:《〈世界人权宣言〉在国际人权法上的地位和作用》,《中外法学》1998 年第 6 期,第 43—48 页。

⑧ Onuma Yasuaki, *A Transcivilizational Perspective on International Law: Questioning Prevalent Cognitive Frameworks in the Emerging Multi-Polar and Multi-Civilizational World of the Twenty-First Century*, Recueil des cours, Vol.342, 2009, pp.77, 250-265.

素材被作为法律加以援引的门槛要低得多,其形式也更加多元。①

第五,规则主义与大国的国际法实践并不相符。规则主义的基本概念是权利、义务和责任。规则主义假定国际法为国家行为提供了一个合法范围的框架,国家只能在框架内行事,事实上这个框架是持续被大国行为所突破、重塑和改造的。实践中,大国往往并非从规则出发来确定自己的权利或者义务,而是不断将国家的政策融入国际法的语言,通过国际法来表达国家的利益诉求。国际法不是表现为对国家权力的约束,而是对国家行为的许可、授权和支持。在这个意义上,国际法是一个国家持续决策和实施的连续过程。② 实然法与应然法往往是无法截然两分的。③ 国家经常以实然法的名义,提出新的国际法立场和主张,从而为其外交政策和行动提供正当性。在这个意义上,国际法的主要功能不是规则实施和争端解决,而是能够允许国家将属于个别化的利益、诉求和外交政策变成普遍性的法律主张。

第六,规则主义的视角,可能导致对国际法的长期悲观态度。虽然路易斯·亨金认为国家在绝大多数时候遵守绝大多数的国际法规范,④但是实践中不乏大国违反国际法并且逍遥法外的案例,而这些违法案例往往得到了国际社会和新闻媒体的广泛关注。在媒体报道中,国际法经常被违反、践踏或者滥用。学界和实务人员对于国际法的约束力、实效性不免怀有疑虑。由于缺乏强制实施机制,国际法无用论、非法(non-law)论、弱法论等甚嚣尘上,导致不少政治学、国际关系学者乃至少数法学学者都认为国际法不是真正的法。

第七,规则主义压制了国际法学者的创造性功能,忽视了国际法学者在国际法发展中的重要作用。规则主义之下,国家是国际法唯一的造法主体,国家是国际法的生产者和消费者。国际法是一门科学,国际法学研究是一个运用科学方法发现实然法的客观过程。国际法学者的任务限于发现、记录和阐明现行有效、正确的国际法规范。国际法学者的角色设定是有限的、被动的。⑤ 这限制了国际法学者对于国际法的想象力和创造力,忽视了学者在构建和发展国际法过程中的重要作用。

第八,规则主义的国际法方法用普遍主义掩盖了万国竞争的现实秩序。规则主义假定国际法的含义是普遍共通的,国家间理解和适用的国际法是同一套语言体系,也具有相同的含义。规则主义虽然在形式上是中立的、价值无涉的,但是此种中立和价值无涉的态度本身也是一种政治选择。⑥ 而实践中,各个国家采用的国际法方法大相径庭,对于国际法的态度也是不同的。⑦ 即便使用的是同一套语言,各国国际法学者的立场、偏好、价值观和想象仍然是不同的。国际法普遍主义的背后恰恰是只允许对国际法有一种叙事、一种解读,包含了对其他竞争性解读和诉求的否定和压制。主流国际法的内容,可能仅仅是在现行国际社会权力结构下被允许叙述的那一部分。

规则主义的国际法传统发展到今天,不论在理论还是实践中,都面临着重大挑战。这些对规则主义

---

① 禾木:《当代国际法学中的“一般国际法”概念——兼论一般国际法与习惯国际法的区别》,《中山大学学报(社会科学版)》2014 年第 5 期,第 165—175 页。

② Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Clarendon Press, 1994, p.2.

③ Myres S. McDougal, *International Law, Power, and Policy: A Contemporary Conception*, Recueil des cours, Vol.82, 1953, pp.137-191, at.145-157.

④ Louis Henkin, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, Columbia University Press, 1979, p.47.

⑤ 虽然《国际法院规约》第 38 条第 1 款(d)项规定“各国权威最高之公法学家学说”可以“作为确定法律原则之补助资料者”。

⑥ Benedict Kingsbury, *Legal Positivism as Normative Politics: International Society, Balance of Power and Oppenheim's Positive International Law*, European Journal of International Law, Vol.13, 2002, pp.401-437.

⑦ Anthea Roberts, *Is International Law International?*, Oxford University Press, 2017, pp.2-3.

的挑战背后汇聚着不同的思潮和力量:批判法学者对国际法欧洲中心主义的反思;①第三世界国家学者批评国际法对于霸权的构建与维护;②新兴国家学者试图要求更多的国际法话语权;③美国学者试图用对外关系法替代国际法④,等等。这都表明,由西方世界主导的、以形式规则作为载体、并由西方学界控制解释权的传统国际法秩序面临着分崩离析的状态。传统国际法规则体系难以继续作为构建国际社会统一性的意识形态基础。

二、论辩主义:国际法的后现代转向

后现代性是众多社会科学面临的共同挑战,而国际法尤甚。特别随着后殖民主义研究的兴起,国际法试图作为一种中立、普遍的规则形态愈发难以为继。西方大国的国际法霸权在衰落,而发展中国家和新兴国家对于国际法话语权的诉求在不断强化。国际社会的主体间性成为当今国际法学必须直面的结构性要素。国际法不再被视为普遍真理或者客观科学。如何在后现代语境下重构国际法的相关性和共通性,是国际法学科所面临的紧迫课题。在此背景之下,少数西方学者试图借助语言哲学和论辩理论,以论辩实践(argumentative practice)的概念来重构国际法,其学术研究值得高度关注。

在国际法领域,将国际法律过程视为论辩实践,最早由科斯肯尼米 2005 年在《从申辩到乌托邦:国际法律论辩的结构》一书中提出。科斯肯尼米运用语言学、解构主义的方法,对国际法的“论辩结构”(argumentative structure/patterns)⑤进行了深入分析,令人信服地指出了国际法的论辩是在规范性(normativity)与具体性(concreteness)之间不停往返、又相互取消的辩证过程。国际法的客观性是难以实现的。该书由剑桥大学出版社再版后,在国际学界引发了巨大反响,迅速成为批判国际法学的扛鼎之作。随后,科斯肯尼米教授在《马克斯普朗克国际公法百科全书》的“国际法方法论”词条中,首次完整阐述了将国际法视为“论辩实践”的观点:“国际法是一种论辩实践,旨在对诸如法院、同行、政治家和法律文本读者这样的目标群体,说服其所辩护的立场的法律正确性,即合法性、正当性、正义性、被允许性、有效性等。”⑥法律论辩的目的在于说服对话人,使得论辩者的法律主张为对话人和其他听众所接受。

科斯肯尼米的著作对欧美国际法学界冲击很大,尤以论辩理论为著,在青年国际法学者中间影响深远。荷兰阿姆斯特丹大学国际法教授英戈·芬茨克从语义斗争(semantic struggle)的角度重新解读了条约解释和国际法渊源,认为条约的解释过程是一个多方主体对条约的语义展开竞争和对抗的过程。⑦

① Martti Koskenniemi, *Histories of International Law: Dealing with Eurocentrism*, Rechtsgeschichte, Vol. 19, 2011, pp.152-176.

② B. S. Chimni, *International Law and World Order: A Critique of Contemporary Approaches* (2nd edn.), Cambridge University Press, 2017.

③ Cai Congyan, *The Rise of China and International Law: Taking Chinese Exceptionalism Seriously*, Oxford University Press, 2019.

④ Curtis A. Bradley, Ashley S. Deeks & Jack L. Goldsmith, *Foreign Relations Law: Cases and Materials* (5th edn.), Wolters Kluwer, 2014; Curtis A. Bradley (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, Oxford University Press, 2019.

⑤ Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, 2005, pp.14, 68, 70, 96, 219.

⑥ Martti Koskenniemi, *Methodology of International Law*, in Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2007, https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1440 (last visited 1 September 2022).

⑦ Ingo Venzke, *How Interpretation Makes International Law: Semantic Changes and Normative Twists*, Oxford University Press, 2012, p.40.

芬茨克进一步阐释和发展了科斯肯尼米的“国际法作为论辩实践”的理论。① 英国曼彻斯特大学和法国巴黎政治大学双聘国际法教授让·达斯普勒蒙也对国际法持论辩主义的立场。② 达斯普勒蒙系统贯彻了国际法作为论辩实践的理念,认为有必要将国际法的学习区分为基础学说和论辩技术两个部分。③ 在美国学界,科斯肯尼米的研究也引发了持建构主义立场的国际法学者的关注。美国密西根大学法学院国际法教授莫妮卡·哈基米对国际法作为论辩实践的重要性做了详细阐述。④ 美国塔夫茨大学弗莱彻法律与外交学院伊恩·约翰斯通教授虽然并不完全赞同科斯肯尼米的批判立场,但是强调论辩通过话语(discourse)足以影响国家行为。⑤ 在他与密西根大学国际法教授斯蒂文·拉特纳联合主编的《用国际法言说:法庭之外的法律辩论》一书,试图对国际法律论辩构建一个相对完整的理论。⑥

从论辩的视角研究国际法,是将对国际法的关注从规则识别转向话语、论辩和解释权的斗争。论辩视角下的国际法,是一个动态的国际法进程。论辩的视角承认国际法规则在适用中的语义开放性,关注多元主体对国际法规则不同解释之间的竞争和对抗关系,关注各主体在争夺解释权方面采取的各种法律、政治和技术性策略。国际法是有关合法/非法的论辩实践,是试图将个别性的解释强化、推广并试图说服或者强迫他者接受的政治社会过程,是有关世界构建及其权力分配的语词战争(wordfare)。⑦ 法律论辩的过程,既是论辩者提出个别主张,说理、证成、推广并寻求广泛接受的过程,同时也是其他论辩者提出反对或修正意见、接受或者赞同的过程。“法律是一门说服学。”⑧

从规则转向论辩,不仅是从静态转向动态的视角切换,更深刻地蕴涵着国际法研究范式的转换。从认识论的角度,论辩主义放弃了对国际法本质主义的理解,转向了建构主义的视角。国际法不再是普遍主义的客观存在,而是国家行动者的主观构建,是国际行动者在特定语境下试图借以设定相关当事方之间权利义务关系的话语,具有相对主义的特点。多数情况下,一项规则(的主张)由行动者单方实施,并进而取得他方的赞同、接受或者容忍,这是国际法发生实效以及国际法规则变迁的机制。从方法论的角度,论辩主义关注的起点是国际法的言说主体,而不是规则本身。论辩主义关注行动者如何构建国际法主张,以及如何在国际交往中与他者对话并说服他者。因此,论辩主义高度关注国际法的功用、适用场景与斗争策略。

从论辩的角度来研究国际法,国际学界的研究还很初步,尚未发展出系统、成熟的理论。论辩主义国际法方法的基本立场,结合学界现有研究,可以总结如下。第一,国际法论辩是一种竞争性、对抗性的

---

① Ingo Venzke, *What Makes for a Valid Legal Argument?*, Leiden Journal of International Law, Vol.27, 2014, pp.811-816; Ingo Venzke, *Why Use the Language of the Law in Global Politics? On the Legitimacy Effects of Claiming to Act Legally*, in Ian Johnstone & Steven Ratner (eds.), *Talking International Law: International Legal Argumentation Outside the Courtroom*, Oxford University Press, 2021, pp.25-41.

② Jean d'Aspremont, *Idea of 'Rules' in the Sources of International Law*, British Yearbook of International Law, Vol.84, 2014, pp.103-130.

③ Jean d'Aspremont, *Epistemic Forces in International Law: Fundamental Doctrines and Techniques of International Legal Argumentation*, Edward Elgar Publishing Ltd., 2015.

④ Monica Hakimi, *The Work of International Law*, Harvard International Law Journal, Vol.58, 2017, pp.1-46.

⑤ Ian Johnstone, *The Power of Deliberation: International Law, Politics and Organizations*, Oxford University Press, 2011, pp. 33-34.

⑥ Ian Johnstone & Steven Ratner (eds.), *Talking International Law: Legal Argumentation Outside the Courtroom*, Oxford University Press, 2021.

⑦ Jean d'Aspremont, *Wording in International Law*, Leiden Journal of International Law, Vol. 25, 2012, pp. 575-602, at.576.

⑧ 徐爱国:《法学知识谱系中的论题修辞学——〈法学的知识谱系〉前传》,《中国法律评论》2021 年第 2 期,第 149—162 页。

关系。规则主义认为国际法是国际间合意的结果,国际法是合作性质的。而论辩主义则强调论辩各方之间立场的对立、利益的冲突和价值的歧异,国际法是国际社会对抗和冲突的话语体系。① 国际法论辩并非一个理性对话、寻求共识的过程,而是各方试图寻求和确立优势立场的过程。论辩的重点在于说服、施加影响和压制反对声音,讲究技巧与策略。达到论辩目的的过程也是一个强迫服从和建立领导权的过程。②

第二,论辩主义对国际法采取多元主义的立场。③ 规则与(规则的)主张不同,前者是具有普遍性的真理,后者仅仅是个别的意见④。类似地,卢曼也区分了法律决定(decisions)和法律主张(arguments)。⑤ 在规则主义的视野下,这些分散的、个别性的法律主张最终汇聚成一般国际法规范:当国家实践具有广泛性和一致性的时候,则形成了国际社会的习惯法。而在论辩主义的视角下,这些不同的法律主张相互竞争、相互排斥,并在各自的范围内保持有效。国际社会缺乏中央化的规则和语义生产机制,规则的有效性有赖于规则的主张者的自我维护和实施。正是由于缺乏中央化的机关来确定和固定规则,国际社会的规范形式主要不是条约或者习惯,而是大量表现为单方面的国际法主张和决策。正如卢曼所说,论辩是内在于法律体系的,是在一个不同于规则的层面运行。⑥

第三,论辩的基础是对国际法规则的主张、援引和适用。规则要素是法律论辩区分于普通论辩的根本性维度。⑦ 法律论辩围绕应当适用的规则展开,来探讨特定行为的合法性/非法性。虽然都援引规则,但是论辩主义的出发点是自身的立场,选择性地解释与适用规则,包括在必要情况下主张新的规则或者规则的例外;而规则主义的着眼点在于确证规则,进而将特定规则适用于具体情势。从方法上看,论辩主义首要关注的是事实和诉求,其次是实在法,再其次各种正当化理由(包括先例、类比,等等),类似普通法的思维逻辑;而规则主义更多是从规范推演至事实,带有大陆法系的思维方式。

与此同时,什么是有效的、可被接受的法律论辩往往受到解释共同体(interpretive communities)的制约,受到既定的国际造法理论的限制。⑧ 论辩方总是尽可能将自身的立场和诉求与现有的国际法规则相结合。还要指出的是,在特定场合里主张某项规则以支持自身的立场,并不意味着对该所主张的规则的信奉。对规则的援引只是论辩的依据和手段,除了受禁反言(estoppel)原则的限制,说话者是否真心赞同或者反对特定的规则是无关紧要的。

---

① Monica Hakimi, *The Work of International Law*, Harvard International Law Journal, Vol.58, 2017, pp.1-46.

② 正如英戈·芬茨克指出:"一个论辩的表达总是同时反映权力关系和规范信仰。" Ingo Venzke, *International Law as an Argumentative Practice: On Wohlrapp's* The Concept of Argument, Transnational Legal Theory, Vol.7, 2016, pp.9-19。

③ Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, 2005, p.596; Monica Hakimi, *The Work of International Law*, Harvard International Law Journal, Vol.58, 2017, pp.1-46.

④ 德国汉堡大学哲学教授哈拉尔德·沃拉普借用亚里士多德的理论区分了知识(episteme)和观点(doxa),知识具有真理性,而观点仅仅是具有某种可能性(probability)。Harald Wohlrapp, *The Concept of Argument: A Philosophical Foundation*, Springer, 2014, pp.xx-xxi。

⑤ Niklas Luhmann, *Legal Argumentation: An Analysis of Its Form*, Modern Law Review, Vol.58, 1995, pp.285-298, at.286-287.

⑥ Niklas Luhmann, *Legal Argumentation: An Analysis of Its Form*, Modern Law Review, Vol.58, 1995, pp.285-298, at.287.

⑦ Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, translated by Ruth Adler & Neil MacCormick, Oxford University Press, 1989, p.212.

⑧ Ingo Venzke, *What Makes for a Valid Legal Argument?*, Leiden Journal of International Law, Vol.27, 2014, pp.811-816, at.816.

第四,论辩关注论辩的主体、对象和场所。规则主义假定国际法规则在运行过程中始终平等、无差别地指向所有国际法主体。从论辩的角度看,论辩需要明确听众,不同的听众往往需要采用不同的法律和政治策略。论辩关注的是特定主体之间的法律较量,多数国际争议是双边或者有限多边的,并非所有国家都有法律利益在其中。论辩的目的也并不总是在于使其国际法主张得到国际社会的普遍接受,在多数情况下仅仅只需要特定国家的接受或者容忍即可。同时,法律论辩需要关注论辩的场所,一国行政机关单边实施国际法和在国际法庭诉讼所涉及的法律论辩,在论辩形式、话语选择、斗争策略方面都是截然不同的。

第五,论辩主义坚持了法学的内部视角。论辩主义解构了国际法的规则主义传统,采取了知识相对论的立场,但它采取的是一个从法学学科内部来分析和研究法律论辩行为的视角。它并不是从一个纯粹社会学或者语言学的角度来对国际法进行外部解读。相反,它试图将哲学和语言学的理论融入国际法知识体系,来重构国际法的规范基础,强化国际法的解释力,拓展国际法的研究视野。

值得指出的是,国际社会的法律论辩有其特殊性。首先,与国内社会不同,由于国际社会的法律论辩多数不是在法院诉讼程序中开展,不受程序性规则的约束,也缺乏司法机关的指引,因此国际法论辩仅仅受到有限的实质性论辩规则的约束。其次,在国际社会,国际法论辩往往并不是纯粹的言语论辩,论辩往往跟一个国家的单方面立法行动、执法行为、武力措施等结合在一起,言语论辩的目的在于为特定的国家行为提供合法性和正当性理由。国际社会的法律论辩并非纯粹是理性说服,论辩的过程不排除同时运用强制、劝诱、胁迫等手段,论辩的最终结果很多时候并不取决于论点的合理性或者论证的充分性。最后,国际社会不存在具有普遍强制管辖权的司法机关,因此法律论辩具有开放性的特点。国际法论辩是一个连续的社会法律进程,所有的法律决策都是法律论辩中的一环,缺乏终局性。因此所有的论辩结果都只是暂时的胜利。

国际法学的论辩主义转向主要来自以下三个方面的理论思想渊源。一是批判国际法学对于国际法作为论辩实践的结构主义分析。通过对国际法论辩结构的分析,批判国际法学否定了国际法的客观性,这使得规则主义的理论根基遭到了动摇。① 二是国际法学界对于建构主义理论的接受。社会构建理论在于 20 世纪 60 年代开始在美国兴起,②建构主义学派于 80 年代在美国政治学和国际关系学界兴起,强调规范、文化、价值、身份等非物质性要素在构建国家利益和国际秩序方面的重要作用。③ 随着 90 年代国际法与国际关系跨学科研究的拓展,建构主义理论成为一个重要的研究方向。④ 三是对哲学、语言学和法学理论中商谈理论、论辩理论的积极借鉴和吸收。

三、论辩主义立场下的国际法理论革新

论辩理论的引入,必然要求打破规则主义的窠臼,在学理上重构国际法基本理论,从而更好地解释和解决当下所面临的国际法问题。论辩主义对传统国际法理论的改造将是全面的、根本性的。本文选

---

① Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, 2005, pp.16–67.

② Peter L. Berger & Thomas Luckmann, *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge*, Anchor Books, 1966.

③ Friedrich V. Kratochwil, *Rules, Norms and Decisions on the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs*, Cambridge University Press, 1989; Alexander Wendt, *Anarchy Is What States Make of It: The Social Construction of Power Politics*, International Organization, Vol.46, 1992, pp.391–425.

④ Jutta Brunnée & Stephen J. Toope, *Constructivism and International Law*, in Jeffrey L. Dunoff & Mark A. Pollack (eds.), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art*, Cambridge University Press, 2012, pp.119–145.

取其中五个核心问题进行阐述,更多探讨留待以后再展开。

第一,论辩主义要求重新思考国际法渊源的性质和范围。传统上,国际法渊源限于条约和习惯,将大量尚未达到实在法门槛的法律实践排除在国际法研究之外。借助论辩理论,可以大大拓展国际法渊源的范围。① 《国际法院规约》第 38 条的性质和地位需要重新检讨。② 《规约》第 38 条仅规定了法院可适用的法律,而并非是一般性的规定国际法的渊源。当国家诉诸国际法院的时候,法院当然有义务适用最严苛识别标准之下的国际法,以便解决国家间争议,同时也保护国际法院中立的角色。但是,在其他场合援引国际法规则所需要达到的规范门槛就大大降低了。③ 一个国家的国内法院在适用国际法时,往往主要考察与本国有关的外交与国际法实践,从而确认当下有效的国际法规则。在一个国家的外交机关援引国际法的时候,其他国家的个别先例都将成为强有力的证据。从论辩的角度看,国际法的渊源并非一个划分实在法和非法律(non-law)之间的门槛,而是论辩一方可以援引的规范性素材的工具箱。

第二,论辩主义视角方法有助于更加准确地理解国际司法判决的性质和造法效力。在传统认识中,国际法院的判决,被认为是国际法规则的权威证据,是国际法的"准形式渊源"。国际司法判决可以识别、固定、阐明国际法规范,因此国际法院是国际法律体系的规范守护者。但是在论辩主义的视角下,国际法院的判决,也不过是论辩进程中的一个法律主张和决策而已,法院的判决代表了法院在特定情境下、对特定问题的法律认识。根据《国际法院规约》第 59 条,法院判决仅仅对当事方及本案有约束力,不存在普通法上先例主义的效力。国际法院的判决同样有可能被其他机构所质疑和挑战。前南斯拉夫国际刑事法庭在其 1999 年"塔迪奇"案件的判决中,用"总体控制"(overall control)的标准④来挑战国际法院在 1989 年尼加拉瓜案件中适用的"有效控制"(effective control)的标准⑤。2007 年,国际法院又在"波黑诉塞黑"案件中,批驳了前南国际刑庭的标准,重申了"有效控制标准"⑥。随后,前南刑庭的时任庭长安东尼·卡塞斯教授又再次撰文猛烈批评了国际法院的判决⑦。再如,国际法院在诺特鲍姆案件中认为,多国籍人的外交保护国应当是有真实联系(genuine link)的国籍国,⑧而国际法委员会通过的《外交保护条款草案》则容许所有国籍国提起外交保护。⑨ 如果用规则主义的方法解读,国际法在上述问题上要么是没有标准,要么是自相矛盾的。而用论辩主义的视角,则可以很好地将上述机构之间的不同法律立场视为是一个法律论辩的竞争过程。

---

① 有关国际法渊源充分性的讨论,参见 Prosper Weil, *Towards Relative Normativity in International Law*, American Journal of International Law, Vol.77, 1983, pp.413-442; Eibe Riedel, *Standards and Sources. Farewell to the Exclusivity of the Sources Triad in International Law*?, European Journal of International Law, Vol.2, 1991, pp.58-84; Matthias Goldmann, *Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority*, German Law Journal, Vol.9, 2008, pp.1865-1908。

② 例如,英国学者布莱尔利主张《规约》第 38 条第 1 款"是一个具有最高权威的文本"。参见 Andrew Clapham, *Brierly's Law of Nations* (7th edn.), Oxford University Press, 2014, p.54。

③ 希金斯也批评说,识别国际法必须与行动者相联系起来看,而不是通过法院的判决。Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Clarendon Press, 1994, p.18.

④ ICTY, *The Prosecutor v. Duško Tadić* (*Case No. IT*-94-1), Appeals Chamber Judgement, 15 July 1999, p.49, para.120.

⑤ ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), Merits, Judgment of 27 June 1986, ICJ Reports 1986, pp.61-65, paras.105-115.

⑥ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), Judgement of 26 February 2007, ICJ Reports 2007, p.210, paras.404-406.

⑦ Antonio Cassese, *The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*, European Journal of International Law, Vol.18, 2007, pp.649-668.

⑧ ICJ, *Nottebohm* (*Liechtenstein v. Guatemala*), Judgement of 6 April 1955, ICJ Reports 1955, p.23.

⑨ ILC, *Draft Articles on Diplomatic Protection* (1 January 2006) UN Doc Supplement No. 10 (A/61/10).

第三,论辩主义方法有助于更有效地应对国际法的不确定性问题。不确定性是国际法的结构性特征。① 传统国际法学说认为,国际法的不确定性是由于语言的开放性、学说的不确定性、国家实践的不一致等问题所导致,但是这种不确定性只是边缘性质的,在实践中可以通过国际法律人的共同认知和法律技术加以克服。② 与此相反,论辩主义方法则强调,国际法的不确定性渗透于国际法的订立、解释、适用、争端解决等各个方面,不确定性在本质上并非是由于国家之间对于规则本身在认识方面存在分歧,而在于国家之间根本上对规则带来的分配结果存在利益矛盾。论辩主义强调,不确定性是现阶段国际法的固有矛盾,将是长期存在的结构性特征。正因为此,国际法治无法通过简单地追求形式法治来实现;对发展中国家来讲,国际法治是一个通过法律话语和机构实践反对大国霸权、追求国际公平正义的持续政治过程。此外,不确定性也并不全然是负面的,相反,它在一定程度上为发展中国家参与国际法律论辩提供了政治空间。而论辩主义恰恰是发展中国家善用国际法的不确定性、积极参与国际法律进程的有效方法。

第四,论辩主义方法有助于更充分地阐明国际法与主权权力之间的构成性关系。主权与国际法之间的关系,长期都是一个国际法的核心议题。规则主义认为,国际法的目的是限制国家权力,通过设定禁止性规定避免国家权力滥用,③因此国际法与主权权力是一种对抗性关系。这种自由主义的浪漫想象掩饰了在西方国家全球殖民扩张过程中国际法对暴力、征服、侵略的正当化作用。而现实主义则主张,国际法是大国推行外交政策的有效工具,因此国际法对主权权力是一种服从性关系。这种马基雅维利式的解读,同样忽视了国际法之所以获得普遍接受不仅在于霸权支持,也在于国际法对各国普遍参与和平等权利的允诺。而论辩主义则认为,国际法与主权权力之间存在相互构成的关系。设定论辩结构、参与并主导国际法论辩、实施国际法主张是大国行使权力的重要方式,④国际法为大国权力的全球行使提供正当性基础和法律支撑。与此同时,国际法论辩本身也在一定程度上限制了大国权力的傲慢和专断,⑤论辩本身强调理性、对话、克制,抛弃国际法论辩而诉诸武力和其他手段往往意味着极高的外交成本和声誉损失。

第五,论辩主义方法有利于更好地澄清国际法的社会分配功能及其运行机制。国际法不仅仅是一套论辩机制和实践,同时也通过论辩分配着国际社会的权力、财富、资源、声望和领导权。在重大国际危机时刻,国际法不时被大国违反而无法制裁违法行为,这并不表明国际法的无用;相反,对大国行为违反性的识别,恰恰是国际法的意义所在。更重要的是,国际法的作用并非在于危机处理,而是在日常层面,通过话语和论辩持续地构建国家间的权力关系、等级机制和分配原则。国际法作为论辩话语,本身是一种稀缺资源,对国际法话语权的竞争正是大国间竞争的重要部分。因此,在中国和平崛起的历史进程中,有必要充分认识国际法的重要性和培养国际法人才参与话语竞争的重要性。

规则主义方法在中国的确立,源自老一辈国际法学人从 20 世纪 30 年代对英国国际法学说的引介。在当时,规则主义的方法契合了我国追求民族独立、捍卫国家主权、反对外国干涉、反对帝国主义的立场。改革开放以后规则主义也有效回应了我国积极融入世界经济秩序、推动国内法治建设的需求,成为无可争辩的主流国际法方法。随着中国从一个主要关注国内、对外防守的“体系外国家”转变为一个需

---

① David Kennedy, *Theses about International Law Discourse*, German Yearbook of International Law, Vol. 23, 1980, pp.353-391; Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, 2005.

② 参见陈一峰:《论国际法的“不确定性”及其对国际法治的影响》,《中外法学》2022 年第 4 期,第 1102—1119 页。

③ Robert Jennings & Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law* (9th edn.), Longman, 1992, p.12.

④ David Kennedy, *A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy*, Princeton University Press, 2016, p.258.

⑤ Monica Hakimi, *Why Should We Care about International Law?*, Michigan Law Review, Vol.118, 2020, pp.1283-1306.

要承担更多国际责任的大国,随着我国深度参与全球治理的需求不断迫切,随着大国竞争和中美紧张关系的加剧,继续沿用规则主义方法就显得力不从心了。面对新的内外形势,中国国际法学界在一定程度上存在着失语、自说自话、或者欲说不能的情况。规则主义方法束缚了国际法学者的言说能力和创造力,在国际和国内学界同时边缘化着中国国际法学者。在今后相当长的时期内,中国国际法学者承担的历史使命是积极设定国际议程、创造国际法话语、为中国的和平发展讲好国际法故事,为中国在国际法话语竞争中争取主动权。

Beyond Rules: The Argumentative Turn of International Law

Chen Yifeng

(*School of Law, Peking University, Beijing* 100871, *China*)

Abstract: International law has for long been defined as a set of rules in the circles of international law. Rule doctrine is the mainstream approach to the study of international law. Historically, the formation of the rule approach played a significant role in establishing the legal and scientific nature as well as the legitimacy of international law as a discipline. Yet the rule approach overemphasized the importance of international adjudication, underestimated the legal indeterminacy of international law, and failed to conform to the major powers' practice of international law. By taking reference from the latest development of the theories of international law in the West, it is necessary to reconstruct the study of international law by introducing argumentative theories in response to China's necessity for peaceful rise and in-depth participation in global governance. From an argumentative perspective, the fundamental normative form of international society consists of neither treaties nor customs, but in most cases lies in unilateral claims and decisions in terms of international law. International law is a discursive system for a country to be used in confrontation and competition. The operation of international law is a process in which various disputing parties seek and establish their predominant stance. As an argumentative discourse, international law itself is a rare resource, and the competition for the discursive power of international law is just an important part of the competition between major powers. The paradigm shift from the rule approach to the argumentative approach may hopefully emancipate the Chinese scholars from the reign of rule doctrine and enable them to join in the process of legal argumentation in the international academics more effectively.

Key words: rules of international law; rule doctrine; argumentative theory; formalism; discursive power of international law

(责任编辑　郭昌盛)